

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

EL PRESENTE DEL PASADO: EL PRINCIPIO *MATER SEMPER CERTA EST* Y SU REFLEJO EN LA ACTUAL LEGISLACIÓN SOBRE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

THE PRESENT OF THE PAST: THE PRINCIPLE *MATER SEMPER CERTA EST* AND ITS REFLECTION IN THE CURRENT LEGISLATION ON HUMAN ASSISTED REPRODUCTION

Teresa Duplá
Catedrática de Derecho Romano
Universidad Ramón Llull, ESADE (Barcelona)

*quia semper certa est, etiam si
vulgo conceperit; pater vero is est,
quem nuptiae demonstrant.
(D. 2,4,5 Paul.lib. IV ad ed)*

1. Maternidad y Paternidad en Roma: el principio *mater semper certa est* y la presunción de paternidad¹.

La historia de la filiación en Roma, de la maternidad y de la paternidad, ha estado siempre ligada al contenido del célebre y breve texto del jurista Paulo², en el título dedicado por los compiladores a la *in ius vocatio*. Del contexto del fragmento en el Digesto, y de su enlace con el final del fragmento anterior de Ulpiano³ -...*sed et si vulgo quaesitus sit filius, matrem in ius non vocabit*- podemos afirmar que, a primera vista, la idea previa que se pretende trasladar es la de la imposibilidad, sin autorización del pretor, de que un hijo cite a juicio a su madre.

¹ El presente trabajo tiene su origen en uno precedente publicado en la obra colectiva *Fundamenta Iuris*, coordinada por el prof. RESINA en el año 2012. El mismo ha sido ahora objeto de una revisión global y actualización a la vista de las novedades y conflictos generados en los últimos años en materia de filiación y, por ende, de la relevancia del tema en estudio.

² También dedicado a la *in ius vocatio*. Vid. LENEL en *Palingenesia Iuris Civilis*, I, 3ª ed., Darmstadt, 2000, 974.

³ (D. 4,4,3 lib. V ad ed.) recogiendo la opinión de los juristas Labeón y Severo.

Pero eso no es todo ya que, sin duda alguna, la fuerza del mensaje de Paulo está en que traslada de forma sucinta y breve dos reglas, principios o sentencias fundamentales en el ámbito e historia de la filiación jurídica. La primera de ellas, relativa a la madre: *quia semper certa est*, la segunda, al padre: *pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*⁴. Certeza e incerteza, seguridad e inseguridad⁵, no se puede decir tanto con tan pocas palabras, y la influencia de ambas formulaciones en épocas posteriores está fuera de cualquier discusión doctrinal. Sin embargo, cada una de ellas ha emprendido su propio camino, consecuencia de los relevantes cambios acaecidos y que voy a intentar resumir en las líneas siguientes. Dicho camino nos transporta hasta la época actual, en la que me cuestiono, de la publicación de recientes leyes y de la evolución de la sociedad, hasta qué punto podemos seguir afirmando aquella célebre frase del jurista Paulo *mater semper certa est*.

⁴ Siendo indiferente, a los solos efectos de la determinación de la paternidad, que no de los *status*, la condición o no de *cives* de los padres. Vid. al respecto, POLO ARÉVALO, *Igualdad y filiación. Estudio de la discriminación de los hijos por razón de su nacimiento*, Pamplona, 2011, pp.32-46.

⁵ Ya que, como acertadamente apunta POLO ARÉVALO en *Igualdad y filiación...*, cit., p. 27, las *iustae nuptiae* llevaban consigo la atribución de paternidad al marido situando al hijo bajo su patria potestad y reconociendo jurídicamente esa relación.

Comenzamos por el término *mater*, que en las fuentes jurídicas romanas equivale a madre biológica⁶, no importando que exista o no matrimonio, pero siendo fundamental, si no lo hay, para determinar el *status* jurídico del recién nacido⁷, ya que se entiende que ésta *semper certa est*. Continuamos con el *pater* quien, por el contrario, solo es cierto, en principio, en el caso de que exista matrimonio; y esta idea, que parece extenderse y consolidarse en la mente de la jurisprudencia romana, se recoge más adelante por los compiladores justinianeos. Así, y por vía de ejemplo⁸, Celso, en un fragmento del Digesto en el título relativo al estado de los hombres *-De statu hominum-* afirma, *quum legitimae nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntur*⁹; Gayo¹⁰,

⁶ Distinto, por tanto, del de *mater familias*. Vid. al respecto, por todos, FIORI, *Materfamilias*, en BIDR, 96-97, 1993-1994, pp. 455 y ss. y DIXON, *The roman mother*, London-Sidney, 1998.

⁷ Vid. al respecto por todos, POLO ARÉVALO en *Igualdad y filiación...*, cit., pp. 49-94.

⁸ Y en fragmentos de Livio y Cicerón. Vid. al respecto LANFRANCHI en *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano II*, Bologna, 1964, p. 60 n. 226 y 227; y recensiones posteriores a esta obra de KASER, en ZSS, 82, 1965, pp. 381-384; METRO, en IURA, 16, 1965, pp. 419-425; VILLERS, en RHD, 43, 1965, pp. 101-102; CASTELLO, en TR, 38, 1968, pp. 154-159.

⁹ "...vulgo quaesitus matrem sequitur" (D. 1,5,19 lib. XXIX Dig.).

¹⁰ No siendo la única afirmación en este sentido del jurista, ya que también afirma en sus Instituciones lo siguiente, al hablar de la patria potestad: "*Patriam potestatem haabent ciues Romani, si ciues Romanas uxores duxerint uel etiam Latinas peregrinasue cum quibus conubium habeant; cum enim conubium id efficiat, ut liberi patris condicionem sequantur, euenit, ut non solum ciues*

por su parte, en el título sobre la significación de las palabras – *De verborum significatione*– dice lo siguiente: *qui nascuntur, patris, non matris familiam sequuntur*¹¹; Ulpiano, al hablar del *status libertatis*, apunta, *conubio interueniente liberi semper patrem sequuntur*¹², y Paulo, como hemos visto, en el título del Digesto sobre la *in ius vocatio*, señala *pater is est, quem nuptiae demonstrant*.

Romani fiant, sed etiam in potestate patris sint” (Gai Inst. 1,56); lo siguiente, al hablar de la ciudadanía: “*Eadem ratione ex contrario ex Latino et ciue Romana, siue ex lege Aelia Sentia siue aliter contractum fuerit matrimonium, ciuis Romanus nascitur. Fuerunt tamen qui putauerunt ex lege Aelia Sentia contracto matrimonio Latinum nasci, quia uidetur eo casu per legem Aeliam Sentiam et Iuniam conubium inter eos dari, et semper conubium efficit ut, qui nascitur patris conditioni acc.edat; aliter uero contracto matrimonio eum qui nascitur iure gentium matris conditione sequi et ob id esse ciuem Romanum...*”(Gai Inst. 1, 80); y lo siguiente, al hablar del tipo de parentesco: “*Sunt autem agnati per uirilil sexus personas cognatione iuncti, quasi a patre cognati, ueluti frater eodem patr natus, fratris filius neposue ex eo, ítem patruus et patru filius et nepos ex eo. At hi qui per feminini sexus personas cognatione coniunguntur non sunt agnati, sed alias naturali iure cognati; itaque inter auunculum et sororis filium non agantio est, sed cognatio; ítem amitae, materterae lilius non est mihi agnatus, sed cognatus, et inuicem scilicet ego illi eodem iure coniungor, quia qui nascuntur patris, non matris familiam secuntur*” (Gai Inst. 1,156).

¹¹ “*Feminarum liberos in familia earum non esse, palam est, quia qui nascuntur, patris, non matris familiam sequuntur*” (D. 50,16,196,1 lib. XVI ad Ed. prov.).

¹² “*Conubio interueniente liberi semper patrem sequuntur: non interueniente conubio matris conditioni accedunt, excepto eo qui ex peregrino et ciue Romana peregrinus nascitur, quoniam lex Minicia ex alterutro peregrino natum deterioris parentis condicionem sequi iubet*” (Ep. Ulp. 5,8).

Diferentes juristas, distintas épocas, pero la misma idea sobre la paternidad vinculada, *a priori*, en relación causa-efecto directamente con el matrimonio¹³. Idea o principio transformado más adelante en presunción¹⁴, y que se acoge por glosadores y canonistas¹⁵.

¹³ Máxima sobre la paternidad que, como apunta POLO ARÉVALO en *Igualdad y filiación...*, cit., pp. 33-34, también hay que entender íntimamente ligada a la costumbre, de origen religioso, que prohibía a la viuda contraer matrimonio antes de que transcurrieran diez meses desde la muerte del marido, con el fin de evitar la *turbatio sanguinis* y posibles confusiones en atención a la paternidad.

¹⁴Vid. por todos, TISSET, *Contribution à l'histoire de la présomption de paternité* (tesis), Montpellier, 1921. Como se deduce, según opinión de DONATUTI citado por LANFRANCHI, en *Ricerche sulle azioni...*, cit., pp. 52-53, de la colocación de D. 22, 3, 29 *pr.*, relativo a la prueba en la filiación, en el título del Digesto sobre las presunciones. Sin embargo, LANFRANCHI que comparte con DONATUTI la afirmación de que la regla "*pater is est...*" es, en una primera época, una regla de derecho material y no una presunción propiamente dicha, se separa de dicho autor en cuanto a dicha idea, ya que entiende que el mencionado fragmento no recoge en ningún momento la regla en estudio. Y D'ORS, en *Derecho Privado Romano*, 8ª ed. revisada, Pamplona, 1991, p. 281 n.216.1, afirma que no se trata propiamente de una presunción judicial hasta la época postclásica.

¹⁵ Así, como apunta LEFEBVRE en su interesante y cuidado trabajo *Pater is est quem nuptiae demonstrant, jalons pour une histoire de la présomption de paternité*, RHD, 1991, 69, pp. 331-341, en el que analiza la transformación de dicha regla en presunción de paternidad, señala que la primera referencia al texto de Paulo se encuentra en la *Summa* de Huguccio entre

Una primera consideración antes de continuar. En época romana la madre, y por tanto la filiación materna, *ab initio* está revestida, desde un punto de vista jurídico, y sin duda alguna consecuencia de su capacidad natural de gestar, de una evidente y real certeza. El padre, por el contrario, y respecto de su posible paternidad, presenta una posición de salida más frágil, en el sentido antes expuesto de que puede ser, *a priori*, no sólo de hecho, sino también de derecho, incierto¹⁶.

el 1178 y el 1188, que constituye un amplio comentario al Decreto de Graciano, en el cual, en la distinción entre esposa y concubina, glosando un fragmento subraya que los términos *filius* y *pater* se pueden entender en un sentido amplio o reducido: "*secundum largam acceptionem, omnis ille est pater qui habet filium et econtrario secundum strictam, ille solus est pater quem nuptiae demonstrant ut dicitur in lege...*", y acaba afirmando "*naci de concubinato non sunt legitimi heredes nec ei succedunt*", lo que no ocurre, como apunta LEFEBVRE, en el libro del Génesis en el que el término hijos, se refiere tanto a los de las esposas como a los de las concubinas. Dicho lo cual, según LEFEBVRE, las cosas no tardaron en cambiar bajo la influencia de AZON, seguido por su discípulo Geoffroy de Trami, quien va a dar al texto la altura de principio general en respuesta a la cuestión de la prueba de la paternidad. Según LEFEBVRE, van a ser los canonistas los que consolidan la posición de la esta regla como expresión de una presunción que incluso va a ser calificada por Inocencio IV de notoria. En definitiva, el nacimiento de la presunción fue fruto, según dicha autora, de la colaboración estrecha entre canonistas y civilistas, y tuvo su punto culminante, en Francia, con la publicación del Código civil.

¹⁶ Vid. por todos TORRENT, *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, 2005, p. 691. Cuyos hijos, como indica Ulpiano en *Ep. Ulp. 4.2 spurii appellantur*.

Por lo que respecta al hijo cabe recordar que, *filium eum definimus*, según Ulpiano, *qui ex viro et uxore eius nascitur*¹⁷, produciéndose un elenco de situaciones, como por ejemplo la larga ausencia del padre, la enfermedad u otra causa, en las que ya el propio jurista afirma que debe entenderse que el hijo no es del padre, *licet vivinis scientibus*¹⁸. Escasos son, en Roma, los problemas en torno a la prueba y verificación de la identidad del recién nacido.

Una segunda consideración, consecuencia de lo anterior. Parece lógico pensar que los problemas prácticos y probatorios¹⁹ en

¹⁷ *Filium eum definimus, qui ex viro et uxore eius nascitur. Sed si fingamus abfuisse maritum, verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Iuliani sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum Iulianus ait eum, qui cum uxore sua assidue moratus nolit filium agnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vivinis scientibus, filium non esse. (D.1,6,6, Ulp. lib. IX ad Sab)*

¹⁸ Vid. también SOLAZZI, *Pater is est quem nuptiae demonstrant*, IURA, 7, 1956, p. 136.

¹⁹ Y todo ello a pesar de que, como apunta LANFRANCHI en *Ricerche sulle azioni...*, Bologna, 1964, pp. 39-47, DONATUTI puso ya de manifiesto que la teoría de la prueba debe reconducirse a los maestros de la retórica antigua –de Aristóteles a Cicerón, a Quintiliano- y hasta los maestros

torno a la filiación, fruto, sin duda, del momento incipiente en la evolución y desarrollo de la medicina²⁰, se van a centrar en la figura del padre antes que en la de la madre, en la paternidad, antes que en la maternidad. Y en este sentido, Escévola ya daba

retóricos tardíos, antes que a la jurisprudencia, lo que dificulta a los romanistas cualquier estudio al respecto. Y que, continua LANFRANCHI, el gran cuadro retórico de la prueba se articula, según Quintiliano y Aristóteles, en dos categorías, las pruebas *inartificiales* y las *artificiales*, y siguiendo a DONATUTI, son estas últimas las creadas por la oratoria sobre la base de operaciones lógicas y en las que el autor enmarca las presunciones.

²⁰ En este sentido cabe recordar que, el primer tratado de medicina se encuentra recogido en los Papiros de Lahun (también llamados erróneamente papiros de Kahun), colección de papiros redactados en escritura hierática, encontrados en el año 1889 en el poblado obrero de Lahun, Egipto, por el gran egiptólogo Flinders Petrie. Han sido datados hacia el año 1800 a. C., durante el final de la dinastía XII del Imperio Medio. Reproducen otros escritos más antiguos e incluyen, entre otras cosas, un tratado de matemáticas y otro de obstetricia, que revelan conocimientos médicos cuyo origen puede remontarse hasta el 3000 a. C. Los fragmentos fueron restaurados y traducidos por F. L. Griffith aunque algunos han sido imposibles de descifrar, por su mal estado de conservación, aunque no hay duda que seis de los fragmentos contienen problemas matemáticos. También dan cuenta de una serie de observaciones médicas y remedios que eran utilizados en el Antiguo Egipto para tratar problemas de ginecología y obstetricia, como el tratamiento de las enfermedades de la vagina y del útero, así como métodos para el diagnóstico del embarazo y la determinación del sexo del feto, y se da una receta para un preparado contraceptivo.

noticia, recogiendo un rescripto de los emperadores Antonino y Vero, en respuesta a una cuestión planteada por *Claudio Apollinari*, de que las pruebas que se dan respecto de los hijos no consisten solo en la testifical, sino que es válida la documental, poniendo de ejemplo las cartas que se enviaron a la madre, si se constata su autenticidad²¹.

En síntesis, la paternidad por nacimiento²², como apunta la doctrina²³, va a depender de determinadas circunstancias:

- 1) de la legitimidad del matrimonio, es decir, de la existencia de *iustae nuptiae* como hemos visto. Los hijos ilegítimos solo tienen madre y por eso son *sui iuris*, tomando habitualmente el *nomen* materno (hijos espurios =públicos);
- 2) del nacimiento *ex uxore e intra legitimum tempus*²⁴, esto es, de que se produzca el parto después de los seis meses tras

²¹ *Imperatores Antoninus et Verus Augusti Claudio Apollinari rescripserunt in haec verba: "Probationes, quae de filiis dantur, non in sola affirmatione testium consistere, sed et epistolas, quae uxoribus missae allegarentur, si de fide earum constiterit, nonnullam vicem instrumentorum obtinere decretum est". (D. 22,3,29 pr. Scaev. Lib. IX Dig.)*

²² No entramos, por no ser objeto del presente estudio, en la filiación por adopción y su regulación. Vid. sobre la misma el trabajo de TORRENT, *Exclusión de los hijos adoptivos del ius adipiscendae civitatis romanae per magistratum vel honorem en la Lex Irnitana cap. 21*, publicado en SDHI, 77, 2011, pp. 105-128.

²³ Vid por todos, LANFRANCHI en *Ricerche sulle azioni...*, cit., pp. 67- y D'ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., p. 216.

matrimonio y hasta dentro de los diez tras la extinción del matrimonio por divorcio o fallecimiento²⁵;

y 3) de la aceptación del hijo por su padre, o del reconocimiento judicial²⁶.

Expuestas todas estas premisas en torno a la maternidad, la paternidad y los hijos, nos centramos brevemente en el texto Paulo, D. 2.4.5 *lib.IV ad ed.*, punto de mira y de reflexión de la doctrina.

Sobre su sentido y la originalidad del mismo, y en concreto sobre la afirmación *mater semper certa est*, y la calificada de principio o presunción de paternidad en él incluida, se han pronunciado desde siempre a favor y en contra distintos

²⁴ Vid. al respecto interesante estudio de LANFRANCHI en *Ricerche sulle azioni...*, cit., pp. 71 a 79, y sobre la madurez del parto pp. 79-82.

²⁵ Referencias concretas a las tesis de Hipócrates y Pitágoras en este tema pueden verse en D. 38,16,3 11 (*Iul. Lib. LIX Dig.*), en D. 1, 5,12 (*Paul. Lib. XIX Resp.*) y también en PS. 4,9,5. Vid. por todos, D'ORS, *Sent. Pauli*, 4,9,5, en AHDE, 16, 1945, pp. 758-760.

²⁶ No entramos, por no ser objetivo del presente análisis, en la debatida cuestión del significado del "*tollere liberos*" que, como apuntó en su día DE FRANCISCI, en *Primordia civitatis*, Roma, 1959, p. 280, en época histórica es el acto con el que el padre adquiere jurídicamente el poder sobre el "*filius*"; que era en origen el acto por el cual el padre afirmaba su relación con el niño y, por tanto, el propio poder sobre él. Sobre el mismo vid. también, LANFRANCHI, *Prospettive vecc.hie e nuove in tema di filiazione*, en STUDI ALBERTARIO, I, 1951, pp. 741 y ss.; *Ricerche sulle azioni...*, cit., pp. 5-35.

autores. Así mientras SCHULZ²⁷ apuntó en su día que se trataba de un texto sibilino y no original, KASER²⁸, negó que la misma admitiese la prueba en contra, opinión criticada más tarde por SOLAZZI²⁹ quien, tras tachar la frase *mater semper certa est* de banal o de error, incluso llega a cuestionarse si el jurista, con esta afirmación, se refiere a los supuestos de suposición o de sustitución en el parto. Dicho autor, que postula que el texto no trata *ex profeso* de la presunción de paternidad, apunta además la existencia de una contradicción en los textos en los que se mezclan los conceptos de inexistencia y de incerteza de la paternidad, contradicción que no existe para LANFRANCHI³⁰, quien considera que es original, si bien demasiado corto, y afirma que el padre no existe³¹, es incierto, no porque no se conozca, ya que según el caso puede ser incluso conocidísimo, sino porque jurídicamente no se acepta como tal³². Aunque, como señalan ambos autores, por lo mismo hay que tener presente que no siempre era padre el marido casado en *iustum matrimonium*, cuestión esta a tener en cuenta también hoy.

²⁷ *Classical roman Law*, Oxford, 1951, p. 143.

²⁸ *Das römische Privatrecht*, München, 1955, p. 291.

²⁹ *Pater is est...*, cit., p. 132.

³⁰ *Ricerche sulle azioni...*, cit., pp. 49-52.

³¹ Vid al respecto *Gai Inst.* 1,64.

³² En el mismo sentido hay que interpretar la afirmación de Ulpiano, *Qui matre quidem certa, patre autem incerto nati sunt, spurii appellantur.* (*Ep. Ulp.* V,7)

LANFRANCHI³³, a su vez, recogiendo la interpretación de DONATUTI de que Paulo si introduce una regla de derecho material, matiza acertadamente lo siguiente:

- 1) que se trata de una regla con una triple base presuntiva: la de la cohabitación, la de la fidelidad y la del tiempo legítimo de la gestación;
- 2) que la presunción de paternidad se inspiró en el mismo motivo que la presunción Muciana, es decir, con el fin de evitar que extraños lanzasen sospechas contra la mujer, e invadieran el matrimonio y las relaciones matrimoniales;
- 3) que el juez en un procedimiento de filiación debía controlar, más allá de la certeza del nacimiento dentro del matrimonio, si el periodo de concepción, este incierto, entraba dentro del periodo del matrimonio;
- 4) que la regla "*Pater is est...*" admite prueba en contra. Todo lo cual le lleva a afirmar que la misma y, por consecuencia, la legitimidad de los hijos concebidos durante el matrimonio debió constituir para los juristas romanos un punto de referencia y axioma jurídico en un principio, sobre todo, en el entorno de una sociedad patriarcal en la que el matrimonio se concibe como una unión con el fin de continuidad de la familia.

Todo ello no obsta para que, como tercera consideración podamos añadir que, aun admitiendo el principio de la

³³ *Ricerche sulle azioni...*, cit., pp. 56-57.

paternidad por matrimonio, la preocupación jurídica estuviese centrada principalmente, en época romana, en los supuestos dudosos de reconocimiento de la paternidad. Pero también, aunque de manera más puntual, y a pesar de la regla *mater semper certa est* y la certeza de la maternidad, en algunos casos concretos sobre ésta, como lo demuestra: 1º) por un lado, y respecto de la paternidad, la publicación en el s. II dC. del llamado senadoconsulto de reconocimiento de los hijos, *SC Plancianum de partu adgnosendo*³⁴, con el fin de proteger a los hijos y a las mujeres en las situaciones de embarazo anterior al divorcio³⁵ o incluso durante el matrimonio, a los efectos de la consecución de la declaración de la paternidad, de los alimentos y de los derechos sucesorios correspondientes, estableciendo un curioso y meticuloso procedimiento para ello³⁶. Y 2º) por otro, y respecto de la maternidad, el título del Digesto dedicado en exclusiva a la inspección del vientre y la custodia del parto -*De inspiciendo ventre custodiendoque partu*-, D. 25.4, en el que Ulpiano detalla, paso a paso, el procedimiento solicitado por el supuesto padre al pretor, de inspección del vientre de la madre,

³⁴ Como apunta, entre otros, TORRENT en *Diccionario de Derecho Romano*, cit., p. 1163, debió el tema ser tratado en dos distintos SSCC., uno de la época de Vespasiano y otro de Adriano.

³⁵ En relación a la crianza y alimentos de los hijos en caso de separación y divorcio ver interesante trabajo de CORBO, *Genitori e figli: l'affidamento e le sue origini nell'esperienza giuridica romana*, SDHI, 77, 2011, pp. 55-104.

³⁶ Perfectamente descrito en D. 25.3 *De agnoscendis et alendis liberis, vel parentibus, vel patronis, vel libertis* y C. 5, 24, 25.

y al que debía someterse la mujer en caso de divorcio y negativa de reconocimiento del embarazo. Procedimiento que debía realizarse por tres parteras probadas, tanto por sus conocimientos, como por su integridad *-tres obstetrices probatae et artis-*, y elegidas por el supuesto padre³⁷. Y también, el interesante procedimiento establecido por el pretor, descrito por Ulpiano, en los supuestos de fallecimiento del padre, para verificar en su caso el nacimiento, previendo la posibilidad de que tres hombres libres y tres mujeres libres con tres acompañantes hagan guardia en la puerta de la habitación de la mujer, con registros específicos de las habitaciones, baño y visitas³⁸.

2. Proyección en el derecho actual (s. XIX y XX): del proyecto de CC. de 1851 hasta la primera ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 1988.

En términos generales podemos afirmar que, si bien existe una continuidad en cuanto a los principios sobre la maternidad, la preocupación y el acento van a fijarse, durante muchos siglos, en la concreción de la paternidad y legitimidad de los hijos por

³⁷ En concreto, en D. 25, 4, 1 *pr.* (*Ulp. lib. XXIV ad Ed.*).

³⁸ En concreto, en D. 25, 4, 1, 10 (*Ulp. lib. XXIV ad Ed.*). Curioso proceso que parece haber sido el precedente más remoto del contenido actual del capítulo V, del título III, del libro III del Cc., sección primera (arts. 959-967)

el matrimonio y la consecuente, en su caso, adquisición de derechos sucesorios y alimenticios³⁹.

y que lleva por título: *“De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta”*.

³⁹ Vid. supra p.6 n.14, la evolución previa en época de los glosadores y los canonistas. En el derecho visigodo, en concreto en la *Lex Romana Visigothorum* IV, 9 (*Gaius*) se recoge lo siguiente: *“Regula iuris hoc continet, ut, qui legitime concipiuntur, tempore conceptioinis statum sumant; qui vero non de legitimo matrimonio concipiuntur, statum sumunt eo tempore, quo nascuntur”*, esto es, se alude a la distinción de los hijos según exista o no matrimonio, eso sí, sin el establecimiento de ningún plazo para presumir la paternidad. El Fuero Juzgo, por su parte, en el Libro 3º, título 5º, leyes 1ª y 2ª, prosigue con la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, pero destaca el buen trato que se otorga a estos últimos a los que se les permite, en ausencia de legítimos, acceder a la sucesión con carácter preferente frente a otros parientes. El Fuero Real se refiere a los hijos naturales como una categoría privilegiada dentro de la general de los no legítimos. Las Partidas, fieles la tradición romana en este tema, determinan que los hijos legítimos son los *“fechos segunt ley”* y, por tanto, los concebidos dentro del matrimonio legítimo y válido (P.IV,13, *proemio*; Ley 1ª, título 13, Libro 4º). Se incluyen, dentro de la categoría de los hijos legítimos, los engendrados en el matrimonio putativo, es decir, el celebrado por el rito canónico, pero existiendo un impedimento dirimente ignorado por uno o ambos cónyuges, siempre que exista buena fe al tiempo de la concepción de los hijos. Las Leyes de Toro también establecen la presunción de paternidad ligada al matrimonio, que admite prueba en contra y califican, eso sí, a los hijos ilegítimos de bastardos. Vid. al respecto interesante trabajo de POLO ARÉVALO, *Igualdad y filiación...*, cit., pp. 151-214.

Abierto el proceso de codificación, el proyecto de Código Civil de 1851 va a seguir la tradición estableciendo la presunción de paternidad en su art. 101⁴⁰, así una posición de privilegio para los hijos legítimos, que son los que tienen reconocida la paternidad con todas sus consecuencias. Por su parte, la *Ley del Matrimonio Civil* de 1870⁴¹ establece, a favor de los hijos legítimos, la presunción de paternidad del marido, no permitiendo que ésta se destruya por confesión de la madre o convicción del adulterio⁴².

Destaca, como curiosidad de esta ley, la privación de la consideración de legítimos a los hijos nacidos en el seno de un matrimonio canónico, si bien, más adelante, y debido a las

⁴⁰ *“Se presumen legítimos los hijos nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio, y dentro de los 300 siguientes a su disolución. Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que ha precedido al nacimiento.”*

⁴¹BOE-A-1870-9848

<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1870/348/A00001-00004.pdf>

⁴² Art. 56: *“Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, y antes de los 300 siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges. Contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que hubieran precedido al nacimiento del hijo. Art. 57: Se presumirá legítimo aunque la madre hubiera declarado contra su legitimidad o hubiere sido condenada como adúltera”.*

repercusiones negativas de la misma, se autoriza por Decreto de 22 de enero de 1875 que estos hijos fuesen inscritos en el Registro civil como legítimos, concediendo, por Decreto posterior de 9 de febrero de 1875, efectos civiles al matrimonio canónico. Dicho esto, el anteproyecto de Código civil recoge la misma regulación de la materia en estudio que el de 1851⁴³.

No obstante esto, toda esta tendencia respecto de la filiación se rompe por primera vez con la publicación y entrada en vigor de la Constitución republicana de 1931⁴⁴ que consagra la equiparación de los hijos independientemente de su origen matrimonial o no. Sin embargo, tendremos que esperar a la promulgación de la Constitución de 1978⁴⁵ (en adelante C.) para alcanzar la gran reforma en nuestro país, por la aplicación del art. 14 C.⁴⁶ que recoge el principio de igualdad y no discriminación por razón de nacimiento, así como el art. 39C.⁴⁷, en el que se proclama la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación y se abre la puerta a la

⁴³ Art. 87 y 89.

⁴⁴ Art. 43.
http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf

⁴⁵ BOE n° 311, de 19.12.1978.
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229

⁴⁶<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=14&tipo=2>

⁴⁷<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=39&tipo=2>

posibilidad de la investigación de la paternidad. Todo este proceso de cambio culminará con la publicación de *la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*⁴⁸.

La presunción de paternidad sigue existiendo hoy y se encuentra recogida en el art. 116Cc. que considera hijos a los nacidos tras el matrimonio y antes de los 300 días siguientes a la disolución o separación legal o de hecho de los cónyuges. Se trata de una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contra, tal y como se deduce del contenido del art. 117Cc.⁴⁹. Por último, no se aplica la presunción de paternidad a la filiación no matrimonial que se determina a través de lo dispuesto en el art. 120 Cc., es decir:

⁴⁸ BOE n^o 119, de 19.5.1981.
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-11198>

⁴⁹ "Nacido el hijo dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los 6 meses siguientes al conocimiento del parto. Se exceptúan los casos en que hubiese reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración autentica se hubiese formalizado, con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los 6 meses siguientes al nacimiento del hijo." Sobre impugnación de la filiación vid. por todos, RIVERO HERNÁNDEZ, *¿Mater Semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español*, Anuario de D^o civil, 1997, I, pp. 5 y ss.

- 1) por reconocimiento del interesado ante el encargado del Registro civil, en testamento o documento público;
- 2) por resolución recaída en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro civil;
- y 3) por sentencia firme.

Y todo ello debe necesariamente completarse con el ámbito jurídico médico. En este sentido cabe comenzar señalando que en 1988 se aprueba en nuestro país la *Ley, 35/1988, de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción humana asistida* (en adelante LTRHA)⁵⁰, una de las primeras en el entorno europeo,

⁵⁰ BOE nº 282, de 24.11.1988, modificada por *Ley 45/2003, de 21 de noviembre* (BOE nº 280, de 22.11.2003. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21341>), y a la que siguen, a nivel estatal, la *Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos*; el *RD 412/1996, de 1 de marzo, que establece los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y regula la creación y organización del Registro Nacional de donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana*, el *RD 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnico funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y la Orden de 25 de marzo de 1996 sobre normas de funcionamiento del registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones*, los tres vigentes en la actualidad; el *RD 120/2003, de 31 de enero, que regula los requisitos para la realización de experiencias controladas, con fines reproductivos, de fecundación de ovocitos o tejido ovárico previamente congelados, relacionadas con técnicas de reproducción humana*

en la que, tal y como especifica su Preámbulo, gracias a los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos, en especial en los campos de la Biomedicina y la Biotecnología, va a ser posible el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana, conocidas como Técnicas de Reproducción Asistida o Artificial, algunas de ellas inimaginables hasta hace muy poco⁵¹.

*asistida; RD 1720/2004, de 23 de julio, que establece las tipologías fisiopatológicas que permiten la superación de los límites generales establecidos para la fecundación de ovocitos en procesos de reproducción asistida; el RD 2132/2004, de 29 de octubre, que establece los requisitos y procedimientos para solicitar el desarrollo de proyectos de investigación con células troncales obtenidas de preembriones sobrantes; la Orden SCO/393/2006, de 8 de febrero, que establece la organización y funcionamiento del Banco Nacional de Líneas Celulares. Y en el ámbito de la sanidad no podemos dejar de nombrar la publicación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE nº274, de 15.11.2002) <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-22188&p=20181206&tn=6>. Vid. al respecto, LLEDÓ, *La Filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, Madrid, 2004.*

⁵¹ La Inseminación Artificial (IA) con semen del marido o del varón de la pareja (IAC, homóloga) o con semen de donante (IAD, heteróloga), que se venía realizando ya desde hacía años en España, donde el primer Banco de semen data de 1978; la Fecundación In Vitro (FIV) con Transferencia de Embriones (TE), de mayor complejidad técnica y que se dio a conocer universalmente en 1978 con el nacimiento de Louise Brown, primera niña probeta, en el Reino Unido, mientras que aquí el primero nacido por esta

Con ello, el legislador del momento se hace eco de los efectos jurídicos de dicha nueva normativa advirtiéndolo, desde el inicio, que con la misma se van a poner en entredicho cuestiones de máximo interés relacionadas con el Derecho de Familia, la maternidad, la paternidad, la filiación y la sucesión. A lo que añade que va a ser necesario establecer los requisitos del donante y de la donación, así como las obligaciones, responsabilidades o derechos, si los hubiere, respecto de los donantes con los hijos así nacidos.

Nada más lejos de la realidad de ese momento, realidad de cambios sociales y jurídicos en el seno de la familia, y que hacen que en la ley se den, como veremos, ciertas importantes incongruencias y vacíos legales respecto de la determinación de la filiación de los hijos nacidos al amparo de dichas técnicas⁵².

técnica tuvo lugar en 1984; y la Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG) que comenzaba a realizarse en esa época.

⁵²A todo ello hay que añadir que, desde una perspectiva biológica, la maternidad va a poder ser plena o no plena: 1) plena, cuando la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo; 2) y la no plena o parcial, cuando la mujer sólo aporta la gestación (maternidad de gestación), o su óvulo/s (maternidad genética), pero no los dos a la vez. Por su parte, la paternidad sólo puede ser genética, por razones obvias de imposibilidad de embarazo en el varón. Además, la maternidad y la paternidad biológicas pueden serlo también legales, educacionales o de deseo, y en tal sentido, como continua la ley y advierte ya el legislador, va a ser fundamental valorar cuál es la más humanizada, la más profunda en relación con el hijo, pues

En cualquier caso, parece que en ese momento se atribuye a la maternidad de gestación el mayor rango, por la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo. Y en este sentido, destaca la normativa relativa a la gestación por sustitución⁵³, cuya prohibición en nuestro país no está exenta a día de hoy de polémica, y respecto de la cual entonces ya se afirma lo

habida cuenta de las posibilidades y combinaciones que puedan darse, especialmente cuando en la gestación intervienen donantes de gametos u óvulos fecundados, los Códigos deberán actualizarse sobre cuestiones determinadas que hoy no contemplan.

⁵³ Vid. al respecto, entre otros: LAMM, *La gestación por sustitución*, InDret 3/2012, 49 pp.; *Argumentos para la necesaria gestación por sustitución* en Gac. Sanit. 31 (6), 2017 www.scielosp.org/article/gs/2017.v31n6/539-540/es/; GODOY DOMÍNGUEZ, *La gestación por sustitución en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: entre la protección de la vida personal y familiar y el respeto al orden público nacional*, AC, 11, 2018; CARAVACA y CARRASCOSA, *Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de derechos humanos*, CDT nº7, 2/2015, e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780; FRAILE, *La gestación por sustitución ante el Registro Civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea*, RDC, vol. 6, nº 1, pp. 53-131 <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/401/329>. Sobre el reciente conflicto en Ucrania, vid. por todos, VELA SÁNCHEZ, *Mecanismos o argumentos, en la situación jurídica actual, para inscribir la situación derivada de convenio gestacional hecho en país extranjero*, La Ley, nº 9396, 2019.

siguiente: “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

El capítulo III de la ley se dedicó a los donantes⁵⁴ y en él se especificó el carácter gratuito y anónimo de la donación, así como expresamente el derecho de los hijos a obtener información general de los donantes, a excepción de la relativa a su identidad⁵⁵. No obstante esto, dicha regla general contenía dos excepciones importantes: 1ª) cuando concurren circunstancias de comprobado peligro para la vida del hijo o 2ª)

⁵⁴ Si bien la edad mínima legal establecida para donar y para recibir es la de 18 años, en la práctica se han sucedido problemas en torno a la edad máxima. Vid. por todos, GONZALEZ DIAZ, *La edad del paciente como límite de la prestación sanitaria de tratamiento de fecundación in vitro*, Aranzadi Social, 54/2008, Pamplona, pp. 1-7. Temas de rendimiento laboral en estos supuestos también han llegado a los tribunales, vid. por todos TARABINI-CASTELLANI, *Despido y fecundación in vitro*, Aranzadi Social, 12/2011, Pamplona.

⁵⁵ Respecto del cual la doctrina se ha ido planteando la cuestión de si el derecho a la identidad genética ha de prevalecer o no frente al derecho a la intimidad. Vid. por todos, KEMELMAJER DE CARLUCCI, *El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso “Odiéve C/France”*, *El Derecho de Familia en el s. XXI*, Madrid, 2004, pp. 511-530; GARRIGA GORINA, *El conocimiento de los orígenes genéticos en la filiación por reproducción asistida con gametos donados por un tercero*, *Derecho privado y constitución*, 2007, 15 (21), pp. 167-228; ROMERO COLOMA, *La identidad genética y la intimidad: un conflicto de derechos*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 789, Pamplona, 2009.

cuando proceda por aplicación de las leyes procesales penales, en cuyo caso podrá con arreglo a la ley revelar la identidad del donante con carácter privado y restringido y con el único fin de evitar el peligro o conseguir el fin legal propuesto, no el de determinar la filiación⁵⁶. También recogía la ley, en el artículo relativo a las usuarias de las técnicas, la necesidad, en caso de matrimonio, del consentimiento -revocable en cualquier momento- del marido a los efectos del uso de dichas técnicas, salvo en el caso de que ambos estuviesen separados por sentencia firme de divorcio o separación o de hecho o de mutuo acuerdo que conste fehacientemente⁵⁷. En este sentido, en caso de fecundación con contribución de donante o donantes no podrán el marido y la mujer, una vez prestado el consentimiento, impugnar la filiación del hijo nacido⁵⁸.

La ley contemplaba también el posible supuesto de fallecimiento del padre entendiendo que, en estos casos, había que atender como regla general a comprobar si el marido estaba o no vivo al tiempo de la concepción. A lo que se añadió, párrafo no exento de polémica doctrinal, que el marido o el conviviente, ahora sí, podían consentir en testamento o

⁵⁶ Art. 5 LTRHA.

⁵⁷ Art. 6 LTRHA.

⁵⁸ Art. 8 LTRHA. En el que se contempló también, sólo para el caso de inseminación artificial heteróloga, es decir con material de un donante, la validez del consentimiento de varón no casado, se entiende a los efectos de la determinación de la filiación (no matrimonial).

escritura pública el uso de su material reproductor en los seis meses siguientes a su fallecimiento, con el fin de fecundar a su mujer o pareja, y con el efecto ordinario de la filiación matrimonial o extramatrimonial⁵⁹. Esto es, se posibilitó por primera vez la denominada *fecundación post mortem* de la mujer o de la conviviente.

3.- Novedades y finalidad de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de Reproducción Humana Asistida⁶⁰.

Tal y como se especifica en el Preámbulo de la Ley, los avances científicos, entre otras causas, motivaron en su día la revisión de la ley de 1988 y la publicación de esta nueva norma que introduce importantes novedades⁶¹. En lo particular, y respecto

⁵⁹ Como apunta el art. 9.3 LTRHA *in fine*: sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil (RCL 1957\777; NDL 25893), sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

⁶⁰ BOE n° 126 de 27.05.2006.
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292&p=20150714&tn=6>.

⁶¹ Entre las que destacan, en lo general, que se opta por la presentación de una lista abierta de técnicas de reproducción humana asistida, decisión muy acertada si se tiene en cuenta que se trata de un tema abierto y en constante evolución como lo demuestra, por ejemplo, la reciente noticia aparecida en prensa sobre la creación en EEUU de óvulos humanos a partir de células madre de los ovarios como nueva vía de tratamiento de la infertilidad. Vid. por todos, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Incidencia jurídica de*

del tema que aquí nos ocupa, usuarios de las técnicas y filiación, también hay novedades y matices a destacar, aunque, como veremos, si bien contempla nuevos supuestos de aplicación, se trata de una legislación con la que no se resuelven todas las lagunas legales evidenciadas con la anterior y cuyo origen hay que vincularlo directamente a la ampliación del concepto de familia y los nuevos modelos familiares.

Así, la ley especifica, respecto de los usuarios de las técnicas, sin duda alguna en línea con las importantes novedades acaecidas en el ámbito familiar en los últimos años, a destacar las introducidas por la *Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*⁶², y de las normativas autonómicas en materia de parejas estables o uniones de hecho, que la mujer puede ser usuaria o receptora de las técnicas con independencia de su estado civil y

las técnicas de reproducción humana asistida en materia de filiación, Revista general de legislación y jurisprudencia, 2006, 153 (4), pp. 617-630; y trabajo de investigación todavía no publicado de LAMM, “*El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*”, Barcelona, 2008, pp. 1-223.

⁶² BOE n^o 157 de 02.07.2005 (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11364>). Ley a través de la cual se añade un segundo párrafo al art. 44 Cc.: “*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*”.

orientación sexual⁶³, insistiendo en la necesidad de consentimiento para el caso de matrimonio⁶⁴. Es decir, como apunta LASARTE⁶⁵, parece que la ley contempla los supuestos de maternidad en soledad y no la paternidad en solitario, o lo que él califica de “*derecho del hombre a ser padre solo*”, puesto que no caben los denominados “vientres de alquiler”⁶⁶.

⁶³ Art. 6.1 LTRHA 2006 *in fine*.

⁶⁴ Respecto de cuyo texto me permito una observación y es que el legislador parece cometer un error cuando afirma al principio del art. 6.3 lo siguiente, “*si la mujer estuviese casada, se precisa, además, el consentimiento de su marido*”, donde quizás debiera haber dicho “consentimiento de su cónyuge” con el fin de poder incluir aquí los supuestos de mujeres casadas con otras mujeres; en el mismo sentido se manifiesta LASARTE en , *La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por la vía reglamentaria*, Diario La Ley, nº 7777, 2012. Todo ello teniendo en cuenta que es el propio legislador el que más adelante, en el mismo precepto, rectifica y usa el término cónyuge: “*El consentimiento del cónyuge prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal*”.

⁶⁵ *La reproducción asistida...*, cit.

⁶⁶ Tema, como hemos apuntado, no exento de polémica en el que no entramos por exceder de los objetivos del presente trabajo. Vid. por todos interesante trabajo de QUIÑONES ESCÁMEZ, *Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada*, InDret, 3/2009, pp. 1-42; VELA SÁNCHEZ, *Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico*, Revista de derecho de familia, 53, 2011, pp. 67-86, a raíz de la publicación de la polémica Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 (BOE 7/10/10) sobre régimen registral de la filiación de los nacidos

En cuanto a la filiación⁶⁷, se incorpora un importantísimo tercer párrafo al art. 7 LTRHA⁶⁸, en el cual se hace una referencia expresa al supuesto de mujer casada con otra mujer, cubriendo, de este modo, un claro vacío legal, al indicar lo siguiente: *“Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”*⁶⁹.

mediante gestación por sustitución que permite la inscripción en el Registro civil de los hijos nacidos mediante maternidad subrogada en los países cuya normativa la recoja siempre que al menos uno de los progenitores sea español, haciendo una propuesta de regulación de convenio de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento.

⁶⁷ Artículo que ha sufrido también un cambio importante en su denominación anterior *–Los padres y los hijos–*, pasándose en este momento a denominar *Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida* y, por tanto, poniendo el acento directo en el tema nuclear: la filiación.

⁶⁸ A través de la Disposición Adicional 1ª de *Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la mención registral de la mención relativa al sexo de las personas*. (BOE n° 65, de 16.03.2007).

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-5585>

⁶⁹ Hay que tener en cuenta que, desde el punto de vista de la práctica, el contenido del mismo va a suponer un gran cambio en la realidad social ya que desde este momento, antes no salvo por adopción del menor, se va a poder inscribir al hijo nacido como de ambas mujeres *–supuestos de doble*

En lo concerniente al supuesto de premoriencia del marido se amplía el plazo de tiempo de seis meses a doce⁷⁰, en cuanto al posible uso de su material reproductor para realizar la denominada fecundación *post mortem*, presumiendo otorgado dicho consentimiento en el caso de que el cónyuge superviviente hubiese estado sometido a un proceso de reproducción asistida para la transferencia de preembriones constituidos antes del fallecimiento del marido⁷¹.

filiación materna-. La razón aducida anteriormente en aras a la no inscripción se fundamentaba en el hecho de que la maternidad es única y se basa en el hecho del matrimonio, argumento nuevamente muy en la línea del principio *mater semper certa est* de Paulo. Vid. al respecto, interesante análisis de la evolución de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado realizado por SALVADOR GUTIÉRREZ, en *Doble filiación materna*, El Derecho nº 68, 2007, pp. 1-6; IGLESIA MONJE, *Novedades en torno a la filiación, al consentimiento y la reproducción asistida en el supuesto de matrimonio de parejas homosexuales femeninas* en Homenaje al prof. Manuel Cuadrado Iglesias, 2008, 1, Madrid, pp. 471-489.

⁷⁰ LASARTE en *La reproducción asistida...*, cit., habla en este caso de ampliación de los plazos relativos a la presunción de paternidad.

⁷¹ Art. 9 LTRHA. Aquí volvemos a encontrarnos con un supuesto vacío legal ya que, en la línea de lo regulado en la ley de 1988 (también en el art. 9.3), el párrafo 3º contempla la posibilidad, para el caso de premoriencia, de que el varón no casado use de dicha posibilidad, lo cual quiere decir, por un lado, que el legislador ha tenido en cuenta en esta nueva legislación, a los efectos de determinación de la filiación, los supuestos de parejas estables solo en los casos de premoriencia del varón, y por otro, que no obstante esto, no se deduce directamente de la norma la filiación

4.- La legislación catalana y el consentimiento: la co-maternidad de la mujer⁷².

El complejo y costoso camino emprendido por el legislador catalán en el año 2002⁷³, en aras a la redacción de un completo,

del varón respecto del hijo en caso de pareja estable viviendo ambos, sino que solo se contempla para el caso de matrimonio (art. 7.3 LTRHA 2006). En ambos casos, Vid. al respecto, LASARTE, *La reproducción asistida...*, cit., quien se inclina en estos supuestos, exista o no matrimonio, a la determinación de la filiación matrimonial o extramatrimonial por consentimiento. En contra, manteniendo la necesidad de adopción en estos casos se había manifestado anteriormente por IGLESIA MONJE, *Novedades en torno...*, cit., p. 483.

⁷² Vid. análisis sobre la legislación anterior realizado por BADOSA COLL, *Concepto y régimen jurídico de la filiación ilegítima no natural según la compilación de derecho civil catalán. Incapacidad sucesoria de la mujer e hijos adulterinos, comentario a la Sentencia 18 de marzo de 1970*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1971 (2), pp. 331-353; GETE-ALONSO, *La capacidad para reconocer la filiación en el codi de familia de Catalunya (el art. 95)*, en *Estudios jurídicos en homenaje al prof. Luís Díez-Picazo*, Madrid, 2003, pp. 4657-4681.

⁷³ Con la publicación de la Primera ley del Código civil catalán por Ley 29/2002 de 30 de diciembre, que fue creciendo en los últimos años con la publicación, por un lado, del libro IV relativo a las sucesiones y aprobado por Ley 10/2008, de 10 de julio, y por otro, del libro II, relativo a la persona y la familia, aprobado por Ley 25/2010 de 29 de julio.

moderno y novedoso Código civil catalán (Ccc. en adelante)⁷⁴, fue completado en el año 2017 con la publicación del libro sexto⁷⁵.

El libro II del Ccc. dedica el capítulo 5º de su título 3º a la filiación y podemos decir que, *a priori*, deja entrever, si bien de forma no exclusiva, los dos principios o reglas que sobre la filiación nos dio hace ya unos cuantos siglos el jurista Paulo: por un lado, el principio *mater semper certa est*, que puede interpretarse del contenido del art. 235-3 cuando en él se indica que la filiación por naturaleza en relación a la madre resulta del nacimiento; y por otro, el de paternidad, *pater is est qui nuptiae demonstrant*, esta vez directamente, cuando más adelante se afirma que la filiación por naturaleza respecto del padre se puede determinar por matrimonio con la madre, entendiendo, en la línea de la doctrina anterior, que el periodo legal de concepción comprende los primeros 120 días del periodo de

⁷⁴ Vid. por todos, RIVERO HERNÁNDEZ, *Panorama general de la reforma del derecho de familia en el libro II del Código civil de Cataluña*, en *La Familia del siglo XXI. Algunas novedades del Libro II del Código Civil de Cataluña* (VVAA), Barcelona, 2011, pp. 15-50.

⁷⁵ Por la *Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto*. BOE nº 57 de 08.03.2017. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-2466>

gestación, y presumiendo un periodo máximo de gestación de 300 días que admite prueba en contra⁷⁶.

Pero, no obstante esto, el mencionado libro, haciéndose eco de las novedades introducidas en su día en el libro IV relativo a las sucesiones⁷⁷, y por lo que respecta a la filiación por naturaleza incorpora, en cuanto a los hijos nacidos por técnicas de reproducción asistida, la posibilidad de una doble filiación materna a través del establecimiento de la maternidad respecto la mujer que está casada o que convive en pareja estable⁷⁸, con la mujer que consiente la aplicación de dichas técnicas. La regulación se establece en el art. 235-13 Ccc.⁷⁹ y la maternidad derivada del consentimiento prestado por la mujer o conviviente en pareja estable, como advierte el Preámbulo de la propia ley, no supone una novedad puesto que esto ya existía en el ámbito de la paternidad, ni debe entenderse como una

⁷⁶ Teniendo siempre presente que la investigación de la paternidad es una de las tradiciones jurídicas catalanas más arraigadas desde la Edad media. Art. 235-4 Ccc.

⁷⁷ Arts. 442-3 y 4 Ccc. que equiparan al conviviente en pareja estable, heterosexual u homosexual al cónyuge supérstite a efectos de derechos sucesorios en la herencia del otro cónyuge o pareja.

⁷⁸ Excluyendo, por tanto, dicha posibilidad en las llamadas relaciones convivenciales de ayuda mutua.

⁷⁹ Vid. al respecto STSJC 20.07.2017 (RJ 6252). Hablamos en estos casos siempre de fecundación en vida y el consentimiento debe ser expreso, formal, y previo o simultáneo a la aplicación de las técnicas.

maternidad biológica, por naturaleza, sino como una relación jurídica puramente legal.

No se ha pretendido, pues, la creación de una nueva categoría jurídica para este tipo de filiación, como apunta el propio legislador, sino que se ha considerado más conveniente asimilarla en cuanto a tratamiento legal a la que ya existía respecto del padre. Ello ha traído como consecuencia, por un lado, la incorporación, en la lista de los títulos de atribución de la filiación, del consentimiento para la procreación asistida, y por otro, la extensión del régimen de impugnación del reconocimiento⁸⁰. Queda, eso sí, sin resolver el delicado tema de los límites de la revocabilidad⁸¹.

5) El presente del pasado: a modo de conclusiones.

Retornando al punto de partida de este análisis, es decir, a la permanencia o no del principio *mater semper certa est*, vuelvo a plantearme, y en este momento de manera más rotunda si,

⁸⁰ No entramos, por exceder de los objetivos del presente trabajo, en el análisis de las implicaciones prácticas que, en el ámbito de la filiación por adopción y la nueva normativa sobre el derecho de los adoptados a conocer información sobre su origen y la obligación de los adoptantes de informar al hijo sobre la adopción a partir de una determinada edad del menor, pudiera tener la *regla mater semper certa est* de Paulo.

⁸¹ Que, como acertadamente apunta RIVERO HERNÁNDEZ en *Panorama general de la reforma...*, cit., p. 41, ha tomado relevancia últimamente por el famoso “caso Evans” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

aceptada la nueva regulación sobre reproducción asistida y su repercusión en el ámbito familiar, también ampliado en los últimos años a modelos antes no contemplados, podemos seguir hablando de certeza de la maternidad y, más concretamente, de certeza en el sentido que parece darle la doctrina a las palabras de Paulo que, si recordamos, va ligada directamente a una certeza natural de la gestación y del parto. Y así, entre las distintas posibilidades que se abren con esta nueva normativa, destaca la novedosa del consentimiento para la maternidad de la pareja o mujer de la mujer gestante, la comaternidad, ante la cual me pregunto si podemos, en estos casos, seguir confirmando la aplicación de la norma *mater semper certa est*, ya que, aunque tenga preferencia la madre gestante, también hablamos de maternidad no natural sino legal de la otra madre concurrente en la familia, y que ha prestado su consentimiento para ello. Ante lo cual me cuestiono lo siguiente ¿quién debe entenderse realmente madre de ese hijo?, ¿la madre, en su caso, donante?, ¿la madre gestante? o ¿la madre que consiente? E *in fine*, ¿realmente podemos seguir afirmando la certeza de la maternidad y afirmar, por tanto *mater semper certa est*?

A mi juicio, y a la vista de la realidad actual, creo que ya no cabe dicha afirmación, al menos, en el sentido originario del fragmento de Paulo. Como en su día apuntó RIVERO

HERNÁNDEZ⁸², sin duda la incertidumbre y dificultad de la prueba de la paternidad se ha trasladado a la determinación de la maternidad.

Por otro lado, y respecto de la paternidad, a mi juicio, el fenómeno ha sufrido un proceso inverso, a pesar del mantenimiento, como hemos visto de la presunción de paternidad. Es decir, y como hemos visto, en época romana y a lo largo de las posteriores, la paternidad, fruto de los escasos avances de la Biomedicina en este campo, está bañada de un carácter incierto, atemperado, desde un punto de vista legal, por la comentada presunción de paternidad por matrimonio. Hoy en día las cosas han cambiado, y los avances en las ciencias vinculados con las nuevas técnicas de investigación del ADN permiten otorgar, en los casos de duda, una certeza evidente a la paternidad, sin duda alguna más precisa y segura que la certeza derivada de la propia presunción de paternidad por matrimonio de Paulo. Dicho lo cual, ¿realmente es útil actualmente la presunción de paternidad anunciada en su día por Paulo? Y de nuevo debo manifestarme negativamente ya que, si bien es cierto que, desde un punto estrictamente legal o jurídico, ésta otorga un punto de partida estable y también necesario en el ámbito familiar, no menos cierto es que su mantenimiento nos ha llevado, en la práctica, a situaciones muy difíciles de gestionar con el paso del tiempo. Basta pensar, por

⁸² *¿Mater semper certa est?...cit., p.7.*

vía de ejemplo, en los supuestos directos o indirectos de conocimiento por el marido de la no paternidad pasados 15 o 20 años del nacimiento del hijo, y en general, en los múltiples casos, ciertamente curiosos y tachados de una gran complejidad jurídica, que nos ofrece, en los últimos años, la jurisprudencia nacional y europea⁸³.

⁸³ Por vía de ejemplo, S^a del TEDH de 8 de julio de 2004 en el caso VO contra Francia; S^a de 10 de abril de 2007 del TEDH en el caso Evans contra Reino Unido; y S^a de 1 de abril de 2010 del caso SH.